

Les grandes lignes de la révision du droit de la société anonyme

Le 21 décembre 2007, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable¹. Les éléments saillants en sont l'amélioration de la gouvernance d'entreprise, l'élargissement de la marge de manœuvre des sociétés en ce qui concerne l'aménagement de la structure de leur capital et un nouveau droit comptable. En outre, l'assemblée générale est modernisée. L'article ci-contre donne une vue d'ensemble des principaux changements.



L'un des buts principaux de la révision du droit de la société anonyme est de renforcer le statut juridique des actionnaires. Elle propose d'une part d'élargir le droit à l'information et le droit de consultation, d'autre part d'abaisser les seuils concernant l'exercice de droits importants des actionnaires.

Photo: Keystone

Extension des droits des actionnaires

Le Conseil fédéral entend renforcer le statut juridique des actionnaires. Il propose d'abord de développer le droit à l'information. À part celui déjà existant d'être informés à l'assemblée générale (art. 697, al. 1, CO), les actionnaires de sociétés non cotées en Bourse pourront, désormais, demander en tout temps et par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société. Le conseil d'administration est tenu de fournir par écrit et dans les nonante jours les renseignements demandés. Les réponses à ces requêtes peuvent être consultées lors de l'assemblée générale suivante ou sont immédiatement publiées sous forme électronique (art. 697,

al. 2, P CO²). En outre, tout actionnaire d'une société mère d'un groupe a le droit exprès de consulter les livres et la correspondance des sociétés membres du groupe (art. 697^{bis}, al. 3, P CO). Le message est d'avis que ce droit de consultation correspond à celui dont le Tribunal fédéral a reconnu le principe (ATF 132 III 71 E. 1.2)³. Pour être réaliste et étant donné le libellé de la disposition, il faut admettre que, par rapport à la pratique reconnue par le Tribunal fédéral, le droit de consultation est étendu à des documents dont la société mère d'un groupe ne dispose pas. Ce droit doit être accordé dans la mesure où il est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromet pas le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux prépondérants (art. 697^{bis}, al. 2, P CO). Le statut juridique des actionnaires est également renforcé par l'abaissement du seuil d'exercice de droits importants, encore qu'il faille distinguer désormais entre société cotée en Bourse et société anonyme privée. Les actionnaires de sociétés cotées peuvent demander un examen spécial (qui remplace l'ancien contrôle spécial⁴) s'ils disposent ensemble d'au moins 0,5% du capital-actions ou des voix, ou encore d'actions pour une valeur nominale d'un million de francs au moins. Pour les sociétés



P^r Hans Caspar von der Crone
Professeur ordinaire de droit privé et de droit économique, université de Zurich



Matti Läser
Assistant scientifique, Institut de science juridique de l'université de Zurich

anonymes privées, il faut disposer de 5% du capital-actions ou des voix, ou encore d'actions pour une valeur nominale de 250 000 francs au moins (art. 697b, al. 1, P CO). Actuellement, il faut disposer de 10% du capital-actions ou d'actions pour une valeur nominale de 2 millions de francs pour demander au juge d'instituer un contrôle spécial. Sont également abaissés les seuils requis pour la convocation d'une assemblée générale (art. 699, al. 3, P CO), l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699a P CO) et l'ouverture d'une action en dissolution (art. 736, al. 1, ch. 4, P CO).

Le projet de révision traite aussi le sujet controversé des indemnités perçues par le conseil d'administration et la direction. La loi devra stipuler expressément que les statuts peuvent transférer à l'assemblée générale la compétence de fixer les indemnités des membres du conseil d'administration et des personnes qui leur sont proches. La même possibilité existe pour l'octroi d'actions et d'options aux collaborateurs (art. 627, ch. 4, P CO). Le projet améliore la transparence dans les sociétés non cotées en Bourse en instaurant un droit spécifique des actionnaires d'être informés sur les indemnités versées au conseil d'administration et à la direction (art. 697^{quinquies} P CO). Le terme d'indemnité a ici le même sens que pour les sociétés cotées en Bourse. En outre, l'action en restitution de prestations indues est développée; désormais, les membres de la direction sont également astreints à restitution, que le bénéficiaire soit de bonne ou de mauvaise foi (art. 678 P CO).

Organisation du conseil d'administration

Les membres du conseil d'administration sont élus tous les ans et individuellement (art. 710, al. 1, P CO), ce qui permet aux actionnaires d'évaluer une fois par an l'activité de chaque conseiller⁵. Ensuite, le nouvel art. 717a P CO règle les conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration et de la haute direction. En premier lieu, le président du conseil d'administration doit être informé sans retard et de manière complète d'éventuels conflits d'intérêts. Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société. La personne concernée doit se récuser lors de la décision relative à ces mesures (art. 717a, al. 3, P CO). La récusation peut porter uniquement sur le vote, mais aussi, dans les cas plus graves, sur l'examen de l'objet et sur la décision⁶. Une autre nouveauté est l'interdiction de l'influence réciproque quant au montant des indemnités du conseil d'administration ou de membres de la direction qui siègent dans diverses sociétés cotées en Bourse. La violation

de cette disposition entraîne la nullité des décisions fixant les indemnités (art. 717b P CO).

Responsabilité de l'organe de révision

En matière de responsabilité, le projet prévoit d'améliorer l'équilibre entre les organes⁷. L'art. 759, al. 1^{bis}, P CO établit un régime différencié de solidarité: «Les personnes qui sont soumises à une responsabilité dans la révision et qui répondent avec d'autres personnes d'un dommage commis uniquement par négligence en répondent à concurrence du montant à raison duquel elles seraient tenues d'en répondre à la suite d'un recours». Donnons un exemple concret: pour un préjudice de 300 000 francs et une répartition interne fixée par le juge de 1:2 en faveur de l'organe de révision, compte tenu de toutes les circonstances (art. 759, al. 3, CO), l'organe de révision répond aussi à hauteur de 100 000 francs au maximum à l'extérieur. L'art. 759, al. 1, CO continue de s'appliquer tel quel aux membres du conseil d'administration et de la direction⁸.

Actions «dispo»

Si des actions nominatives cotées en Bourse sont vendues sur ce marché, la banque de l'aliénateur annonce immédiatement à la société le nom du vendeur et le nombre d'actions vendues (art. 685e CO). La société raye alors la mention correspondante dans le registre des actions. Si le nouveau détenteur des titres ne s'identifie pas auprès de la société, la ligne correspondante reste vide. Il en résulte ce qu'on appelle des actions «dispo», qui autorisent à toucher des dividendes, mais non à participer à la formation de la volonté de la société. Si les statuts prévoient des quorums de présence élevés, une part excessive d'actions «dispo» peut avoir pour conséquence que les majorités requises ne sont pas atteintes. De plus, les gros portefeuilles d'actions «dispo» augmentent le risque de rachat hostile. Ces dernières années, le volume des actions «dispo» a augmenté si massivement que, lors de la consultation, plusieurs voix se sont élevées pour exiger une norme légale. Le Conseil fédéral renonce, cependant, à proposer une telle norme, étant donné que la totalité des solutions examinées posent de nouveaux problèmes matériels⁹.

Assouplissement de la structure du capital

Valeur nominale

En 2001, la valeur nominale minimale des actions avait été fixée à un centime. Il

1 Message concernant la révision du code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable), www.ejpd.admin.ch, rubriques «Thèmes», «Économie», «Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable» (état au 21 décembre 2007).

2 Projet concernant la révision du code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable), www.ejpd.admin.ch, rubriques «Thèmes», «Économie», «Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable» (état au 21 décembre 2007).

3 Voir message p. 20.

4 À part l'abaissement des seuils, l'examen spécial se distingue du contrôle spécial en ce qu'il n'est plus nécessaire de rendre vraisemblable un préjudice avéré; il suffit qu'il soit possible. Le message précise encore que l'examen spécial dont l'institution est demandée peut porter sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation, ou sur une question soulevée durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'instituer un examen spécial, pour autant que celle-ci puisse faire l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation (message p. 86-87; art. 697b, al. 2 et 3, P CO).

5 Voir message p. 96.

6 Voir message p. 100.

7 Voir message p. 107.

8 Voir message p. 107.

9 Voir message p. 32.

suffit désormais que les actions aient une valeur nominale supérieure à zéro centime (art. 622, al. 4, P CO), ce qui permet d'autres divisions d'actions et réductions de la valeur nominale.

Capital-participation

Pour les sociétés cotées en Bourse, la limitation du capital-participation au double du capital-actions est abrogée (art. 656b, al. 1, P CO).

Marge de fluctuation du capital

Le Conseil fédéral souhaite assouplir la procédure d'augmentation et de réduction du capital-actions et propose donc d'introduire ce qu'il appelle une marge de fluctuation (art. 653s P CO). L'assemblée générale peut adopter une disposition statutaire par laquelle elle autorise le conseil d'administration à modifier le capital-actions dans les limites d'une marge de fluctuation et dans un délai n'excédant pas trois ans à partir de la décision par l'assemblée générale: le capital maximal (limite supérieure) ne peut être supérieur à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce, le capital de base (limite inférieure) ne peut être inférieur à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce. La limite inférieure légale du capital-actions reste de 100 000 francs (art. 621 CO). L'assemblée générale peut aussi limiter les attributions du conseil d'administration. Elle peut notamment prévoir qu'il est autorisé soit uniquement à augmenter le capital, soit uniquement à le réduire (art. 653s, al. 3, P CO). Si le conseil d'administration est autorisé uniquement à augmenter le capital, la marge de fluctuation correspond largement à l'augmentation de capital déjà autorisée actuellement. Cette dernière est donc logiquement abrogée. Dans le cas inverse (diminution du capital), il devient possible de réaliser une réduction du capital, actuellement non autorisée. À l'intérieur de la marge de fluctuation, le capital-actions peut aussi être augmenté conditionnellement. S'appliquent alors cumulativement les dispositions régissant la marge de fluctuation et celles se rapportant à l'augmentation conditionnelle. La décision concernant la création d'un capital conditionnel revient à l'assemblée générale et ne peut être déléguée au conseil d'administration¹⁰. Pendant la durée de validité de l'autorisation accordée au conseil d'administration, l'assemblée générale peut modifier le capital-actions en procédant à une augmentation ou à une réduction ordinaire, ce qui rend automatiquement caduque la décision instituant une marge de fluctuation (art. 653v P CO).

L'assemblée générale ne peut fixer un capital de base inférieur au capital-actions inscrit

au registre du commerce que si les créanciers ont été invités à produire leurs créances avant la décision et qu'un réviseur reconnu a constaté que le capital-actions est toujours couvert après réduction du capital de base (art. 653w, al. 1, P CO). L'appel aux créanciers et l'attestation de vérification ne sont pas requis lorsque le conseil d'administration réduit le capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation (art. 653w, al. 3, P CO). Cette réduction ne peut, néanmoins, être effectuée que si l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise (art. 653w, al. 4, P CO).

Assemblée générale

Quorum décisionnel

Dans le droit actuel, à moins que la loi ou les statuts n'en disposent autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO). Il en résulte que les abstentions équivalent à des non. À l'avenir, c'est le nombre des votes exprimés qui sera déterminant (art. 703, al. 1, P CO). Le nouvel al. 2 stipule expressément que les abstentions ne sont pas considérées comme des votes exprimés. Pour les décisions importantes au sens de l'art. 704 CO, c'est également le nombre de votes exprimés, et non de voix représentées, qui sera déterminant; comme avant, la majorité des actions représentées sera également requise.

Représentation

Désormais, seules les sociétés anonymes privées peuvent limiter le droit de représentation aux autres actionnaires (art. 689d, al. 1, P CO). Lorsque la société recourt à cette possibilité, elle est tenue, si un actionnaire le demande, de désigner une personne indépendante que les actionnaires pourront mandater pour représenter leurs actions lors de l'assemblée générale. La représentation par un membre d'un organe ou par le dépositaire est abolie; les sociétés dont les actions sont cotées en Bourse désignent un ou plusieurs représentants indépendants avant chaque assemblée générale (art. 689c P CO). Lorsque le représentant indépendant n'a reçu aucune instruction portant sur des propositions inscrites à l'ordre du jour, il s'abstient de voter. Lorsque l'assemblée générale soumet des propositions non inscrites à l'ordre du jour, il vote en suivant les recommandations du conseil d'administration, à moins d'avoir reçu une autre instruction pour ce cas précis.

Les prêts de titres («securities lending») et autres transactions comparables risquent d'être utilisés abusivement pour influencer les élections et les votations de l'assemblée générale. L'art. 685d, al. 2, P CO permet aux sociétés



Photo: Keystone

À l'avenir, l'assemblée générale pourra se tenir simultanément en différents endroits, pour autant que les interventions des participants soient retransmises directement sur tous les sites de réunion par des moyens audiovisuels.

tés cotées en Bourse de refuser l'exercice du droit de vote à un acquéreur d'actions nominatives cotées, à moins que celui-ci ne déclare expressément, sur demande de l'assemblée, qu'il n'existe aucun contrat sur la reprise ou la restitution desdites actions. Les transactions de ce type peuvent aussi être effectuées par la société elle-même pour influencer l'assemblée générale à son insu. Pour y remédier, le droit de vote sera suspendu lorsque la société aliène ses propres actions et conclut un contrat sur la reprise ou la restitution desdites actions (art. 659a, al. 2, P CO).

Lieu de réunion

À l'avenir, l'assemblée générale pourra se tenir simultanément en plusieurs endroits, à condition que toutes les interventions soient retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion. Le conseil d'administration désigne un site principal, où le président dirige l'assemblée générale, les décisions sont constatées par acte authentique et le réviseur est présent (art. 701a P CO). L'assemblée générale peut aussi se tenir à l'étranger pour autant que les statuts le prévoient ou que les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions y consentent (art. 701b P CO).

Recours aux médias électroniques

La convocation de l'assemblée générale et les documents annexes peuvent être adressés électroniquement à l'actionnaire si ce dernier y consent (art. 700, al. 1, P CO). Le conseil d'administration décide si les procurations électroniques munies d'une signature électronique qualifiée sont admises (art. 689a, al. 1^{bis}, P CO). Les actionnaires peuvent exercer leurs droits à l'assemblée générale par voie électronique si les statuts le prévoient et que

l'assemblée générale ainsi que les interventions des actionnaires sont retransmises par des médias électroniques (art. 701c P CO). Si tous les participants y consentent et qu'aucune décision de l'assemblée générale ne requiert la forme authentique, l'assemblée générale peut même se tenir exclusivement sous une forme électronique, sans lieu de réunion physique. Les interventions des participants doivent être retransmises par voie électronique sur chacun des lieux où ils se trouvent (art. 701d P CO). Si, en raison de problèmes techniques, l'assemblée générale ne se déroule pas en conformité avec les dispositions légales et statutaires, elle doit de nouveau être convoquée (art. 701f P CO).

Droit comptable

Le projet de révision concernant la comptabilité commerciale ainsi que l'établissement et la présentation des comptes uniformise le droit comptable de façon neutre pour toutes les formes d'entreprises de droit privé (art. 957 P CO). Les exigences concernant la présentation des comptes sont différenciées selon l'importance économique de l'entreprise, un des critères étant l'astreinte au contrôle ordinaire (art. 961 P CO). Indépendamment des comptes annuels, les sociétés cotées en Bourse, les groupes, les grandes coopératives et les fondations que la loi soumet au contrôle ordinaire doivent présenter un état financier dressé selon une norme comptable reconnue. Dans les sociétés qui ne sont pas tenues par la loi de présenter un état financier selon une norme reconnue, les associés ou coopérateurs représentant une part importante du capital social peuvent en demander un (art. 962, al. 3 et 4, P CO; art. 963b P CO). Les personnes morales tenues d'établir un état financier selon une norme comptable reconnue peuvent renoncer à présenter des comptes annuels au sens du CO (art. 962, al. 1, P CO). De nouvelles règles concernent enfin la présentation des comptes consolidés des groupes (art. 963 ss P CO). Les petits groupes sont dispensés de l'obligation de dresser des compte consolidés (art. 963a P CO). ■

10 Pour tout l'alinéa, voir message, p. 65.